

貌离神合：家庭财产法 对传统家观念的呈现

汪 洋*

内容提要：在家庭财产法这一中观领域，我国传统家族法与现代婚姻继承法在制度、功能以及正当性方面皆有共通之处，均以秉持家庭利益最大化为目标，同时兼顾家庭成员的个人自由，可谓“貌离神合”。夫妻共同财产制可视为一种新型的同居共财关系且区别于共同共有。家产的对外处分、债务承担以及对内管理以家庭利益为重；当家和日常家事代理仅限于必要范围；非家庭正当原因的负债被排除出家庭债务或夫妻债务范畴。同居共财下的父债子还并非继承法而是家庭财产法问题，与个人财产制下的限定继承并不冲突。家庭财产之外的特有财产常见于随嫁财产以及父母为子女结婚或购房出资，家产代际传承的功能决定了其为对子女一方的赠与且不考虑出资时点。为了家庭利益应区分特有财产的资本收益和劳动收益分别确定婚后归属，遵循但避免僵化适用不转化规则。家产的解体分割和代际传承具有同一性，继承顺位、份额等内容皆强调孝文化及成员贡献度。现代法仅规定死后继承，分家传统呈现为父母对部分子女的生前特别赠与，应适用归扣制度以平衡诸子利益。同居共财只适配法定继承而实质排除遗嘱，现代法强调个人财产权、遗嘱继承和男女平等，但导致遗嘱自由和男女继承权平等的冲突等新问题。

关键词：同居共财 夫妻共同财产 夫妻共同债务 生前赠与 继承

现代婚姻家庭法研究对于传统家族法总体表现出一种漠不关心的态度，缘由或在于清末百余年来对西方法律系统的移植和继受，造就了现代与传统之间的断裂与隔阂。换言之，“一切都变了”。然而，除非全盘丧失主体性，否则各民族不会改变其固有的生活方式。^{〔1〕}历史法学派的洞见，正是强调法律的正当性源自历史经验与现实需求两个层面，如果破除传统和现代

* 清华大学法学院副教授。

本文为清华大学自主科研计划文科专项（2021THZWJC20）的阶段性成果。

〔1〕 参见〔德〕维亚克尔：《近代私法史》上册，陈爱娥、黄建辉译，上海三联书店2006年版，第107页。

分别象征落后和进步的线性历史观，就有必要移情和理解各历史阶段、各国家民族的制度规范背后所蕴含的正当性与合理性。〔2〕民法典颁布后，习总书记指出，“民法典系统整合了新中国成立70多年来长期实践形成的民事法律规范，汲取了中华民族5000多年优秀法律文化，借鉴了人类法治文明建设有益成果”，〔3〕“只有坚持从历史走向未来，从延续民族文化血脉中开拓前进，我们才能做好今天的事业”。〔4〕这些表达无不强调历史传统是当代立法的重要智识来源，中华民族优秀法律传统为民法典编纂传递了自往昔以来一脉相承的人性伦常以及民众一以贯之的思维方式。民法典只有对传统进行提炼和表达，才能与民众生活相互涵蕴、护持，使民众不加反思地“生活在民法典中”。〔5〕

家文化是传统的独特存在，体现了民众生活的伦理基点和道德表征。鉴于家庭世界和财产世界的差异，作为民族精神产物的家庭法体现了本土化的伦理、风俗、信仰等地方性知识，与作为科学理性化产物而具有普适性的财产法迥异。〔6〕民法典第1043条新增“树立优良家风，弘扬家庭美德，重视家庭文明建设”的规定。优良家风和家庭美德呈现了传统家观念中哪些具体内容？民法典婚姻家庭编、继承编与传统家族法相较，哪些变了，哪些没有变，哪些貌离神合？在该主题下，本文撷取了家庭财产法这一中观领域，论述结构如下：首先，从宏观层面总括性阐述传统家庭与现代家庭的观念、结构和功能，作为理解各项制度变迁的文化背景；其次，梳理家庭财产的规范结构和内外关系，包括家产的对外处分、债务承担以及对内管理；再次，厘清区别于家庭财产的特有财产的类型、收益归属及其与家庭财产的相互转化；复次，着眼于家庭财产的解体分割与代际传承的同一性，探讨引入归扣衡平诸子利益的必要性以及继承权男女平等面临的障碍；最后，总结现代家庭财产法与传统家族法在制度、功能以及正当性等方面的相通之处。

一、家观念的流变：从宗族家庭到现代核心家庭

在传统中国皇权不下县的治理格局下，家是基本的社会单元和事业组织，个体行为首先被视为特定家庭身份者的行为，社会构成方式大抵表现为对家、国、天下同质化的认识。“每一家族能维持其单位内之秩序而对国家负责，整个社会的秩序自可维持。”〔7〕功能上，家既是共同生产消费的经济单位，又是祭祀的宗教单元，还是扶贫养老的生存保障组织。〔8〕国是家的职能的自然延伸，“齐家”关涉最基层的组织建构和秩序维系，〔9〕类似于罗马法上具有政

〔2〕 参见谢鸿飞：《法律与历史：体系化法史学与法律历史社会学》，北京大学出版社2012年版，第2页，第208页，第243页。

〔3〕 习近平：《充分认识颁布实施民法典重大意义 依法更好保障人民合法权益》，《求是》2020年第12期，第6页。

〔4〕 习近平：《在纪念孔子诞辰2565周年国际学术研讨会暨国际儒学联合会第五届会员大会开幕会上的讲话》，《人民日报》2014年9月25日第2版。

〔5〕 参见谢鸿飞：《民法典制度革新的三个维度：世界、中国和时代》，《法制与社会发展》2020年第4期，第67页以下；李拥军：《民法典时代的婚姻家庭立法的突破与局限》，《法制与社会发展》2020年第4期，第137页。

〔6〕 参见刘征峰：《家庭法与民法知识谱系的分立》，《法学研究》2017年第4期，第59页。

〔7〕 瞿同祖：《中国法律与中国社会》，中华书局2003年版，第5页，第28页。

〔8〕 在冯友兰看来，传统祭祀最初虽或为宗教仪式，包含不少迷信与独断，但经儒家改造后的丧祭对待死者的态度是诗的、艺术的而非宗教的，求得情感的慰安而又不流于过度。参见冯友兰：《中国哲学史》，中华书局1983年版，第418页。

〔9〕 参见苏力：《大国宪制：历史中国的制度构成》，北京大学出版社2018年版，第106页以下。

治组织特征的“自有法家庭”，有别于作为单纯的社会存在而非法律制度的“自然家庭”以及以婚姻生育为中心的现代核心家庭。

家的范围通常包括两到三代人口。随着事业需求的扩展，人们沿着父系脉络扩大五口之家形成宗族，并以聚居实现和便利内部组织及交流。“宗”是纠合已分居的各家而组成的拥有共同始祖的父系血族集团，〔10〕近似于罗马法上由多个自有法家庭组合而成的“共有法家庭”。宗和家可合称为家族，结构上呈现为“父系”单系制的差序格局，通过父权达致父治。〔11〕

传统家族法的调整对象是宗族内围绕着家产共同生活的父子、夫妻和兄弟关系，每位家庭成员的举止都受“伦”的规制，依循各自的身份地位，不得随意僭越。家庭本位下，成员能否对家庭福祉有所贡献是评判其言行的标尺。〔12〕家庭主轴为父子关系，正所谓“父子至亲，分形同气”，子是父的人格之延长，经过多少世代也不丧失同一性，通过“辈”字表达出在祖先到子孙连锁链条中一个世代的观念。父子关系的标准范式是“父慈子孝”，生前奉养、死时丧葬和死后祭祀构成“孝”的核心伦理。〔13〕无后会使祖先成为无祀之鬼，因此独身和无嗣是愧对祖先的不孝，婚姻的首要目的便是宗族延续和祖宗祭祀，并非个体事务从而排斥个人意志，〔14〕而是采取“嫁娶皆由祖父母、父母主婚”的包办婚姻。〔15〕婚姻关系中“夫妻一体”，女性成为夫之宗族成员，但夫妻之间不是承继关系，〔16〕夫在世时，妻的人格被夫吸收；夫去世后，夫的人格由妻代表；妻去世后与夫并享子孙祭祀。多子家庭中“兄弟一体”，诸子同为父的分身，享有平等承继资格和份额。经由父子、夫妻和兄弟三层关系组合形成两种家庭类型：一是直系尊属为家长的“父家长型的家”；二是直系尊属死亡后旁系子孙继续同居共财的“复合型的家”。〔17〕

西潮席卷下，清末修律由家族、伦理、义务本位转向个人、自由、权利本位，注重伦常、身份、差等的旧律被强调平等、人权、尊严的新法取代。大清民律草案亲属与继承两编虑及民情风俗不能强行规抚，固有法色彩遗韵犹存。民国民法前三次亲属编草案仍受宗法家庭影响，及至1930年民国民法亲属与继承两编，才彻底与传统律例中礼教名分、身份差等的宗法观念决裂，确立男女平等原则，泯除父系母亲系等差异，厘定夫妻财产制，废止宗祧继承，新设限定继承、特留份以及遗嘱继承等制度。〔18〕

及至新民主主义革命年代，传统家庭被视为旧文化的糟粕，沦为改造对象。革命者为了谋

〔10〕 参见〔日〕仁井田陞：《中国法制史》，牟发松译，上海古籍出版社2011年版，第142页。

〔11〕 参见陶希圣：《中国社会之史的分析（外一种：婚姻与家族）》，商务印书馆2015年版，第179页；费孝通：《乡土中国》，上海人民出版社2007年版，第27页，第39页。

〔12〕 参见〔美〕易劳逸：《家族、土地与祖先：近世中国四百年社会经济的常与变》，苑杰译，重庆出版社2019年版，第45页以下。

〔13〕 《论语·为政》：“生，事之以礼，死，葬之以礼，祭之以礼。”参见〔日〕滋贺秀三：《中国家法原理》，张建国、李力译，商务印书馆2013年版，第42页以下，第121页以下。

〔14〕 《礼·昏义》：“昏礼者，将合二姓之好，上以事宗庙，而下以继后世也，故君子重之。”参见前引〔10〕，仁井田陞书，第191页；前引〔7〕，瞿同祖书，第103页。

〔15〕 参见叶孝信主编：《中国民法史》，复旦大学出版社2021年版，第509页。

〔16〕 传统家族法上的“承继”并非指发生在某人死亡时刻的法律问题，而是指“继嗣”“承祀”“承业”三种关系，其中只有承业具有继承财产的内容。通过承继的原理结成祖先子孙的连锁关系即人格连续关系，同时产生祭祀义务并发生概括性继承财产的结果。

〔17〕 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第143页以下。

〔18〕 参见黄源盛：《中国法史导论》，广西师范大学出版社2014年版，第390页，第396页，第427页以下；前引〔15〕，叶孝信主编书，第579页。

求自身的解放，必须勇于冲破“小家”而融入革命的“大家”，打破传统宗族的羁绊从而迈向新型国家主义。1950年婚姻法完全抛弃旧法统，以解放妇女及子女为目标，确立了结婚与离婚自由、男女平等、一夫一妻、禁止童养媳等原则。家庭不再具有独立的法律人格，家庭成员在家庭之外的权利义务由个人而非家长承担。^{〔19〕}立法称谓从“亲属法”改为“婚姻法”，呈现出社会基本单元从父子主轴的宗法家庭转变为夫妻主轴的以婚姻和生育为基础的核心家庭，^{〔20〕}其他亲属关系如兄弟姐妹、姻亲等，基本被排除出法律调整范围。

当代社会，家庭观念面临进一步冲击，渐次出现家庭契约化和去家庭化浪潮，而民法典仍坚持将家庭视为生活和命运共同体而非纯粹的经济共同体，^{〔21〕}抵制哈贝马斯在时代诊断中提及的市场等经济机制控制的专殊化系统对家庭日常生活世界的殖民，^{〔22〕}强调树立与弘扬优良家风和家庭美德，隐含着向传统家观念回归的趋势。

二、家庭财产的规范结构与内外关系

（一）规范结构：区别于共同共有

“家”在经济结构上是同居共财共同体，除了同居共餐的事实状态，更强调收入、消费以及保有资产各方面的共同会计关系。^{〔23〕}家庭成员劳作所得都归于家产，生计支出由家产供给，盈余以土地、房屋等保值方式加以蓄积。^{〔24〕}同居共财也是通过聚居方式实现养老恤孤、补救贫困和宗族自保的途径，更大的家庭结构更有利于成员协作形成农业经营的规模优势并节省整体消费支出。^{〔25〕}

同居共财的规范结构历来是学术争议焦点。中田薰、仁井田陞、戴炎辉等学者认为每位男性成员是家产平等的所有者，相当于现代民法的共同共有，且是强调“生存者财产权”的、份额可变动的共有。家产的命运延续于累世同居共财，终结于诸子平分承继。家长对家产只享有经营管理权而非所有权，处分家产需要全体家庭成员达成共识。但是家长享有教育、命令、约束、惩戒家属的教令权。父家长型家庭由直系尊属担任家长，家长可依据教令权直接贯彻自己意志处分家产；复合型家庭由旁系亲担任家长，家长不享有教令权因而无权处分家产。这种

〔19〕 民法典总则编第二章第四节第54-56条列举了个体工商户和农村承包经营户两类自然人的特殊形态即“两户”，在现实中与现代核心家庭的范围存在重合与交叉。“两户”与家庭法层面的家庭在法律性质上最大的区别在于，“两户”属于立法承认的民事主体，而家庭不具有独立的法律人格。但是依据民法典第56条，“两户”的责任根据经营者的不同，由家庭财产或者经营者个人财产承担。由此，第56条与婚姻家庭编第1064条夫妻债务规范关联起来，而且两条的证明责任规则不尽相同，实务中难免发生抵牾。本文主题限于现代核心家庭中的夫妻财产制，不包括“两户”等其他家庭共有形态。

〔20〕 参见冉克平：《夫妻团体法》，北京大学出版社2022年版，第10页；李拥军：《“家”视野下的法治模式的中国面相》，《环球法律评论》2019年第6期，第103页；李拥军：《“家”视野下的中国法制现代化》，上海三联书店2020年版，第54页。

〔21〕 参见前引〔5〕，谢鸿飞文，第70页；赵玉：《司法视域下夫妻财产制的价值转向》，《中国法学》2016年第1期，第227页。

〔22〕 参见〔德〕汉斯·约阿斯、沃尔夫冈·克诺伯：《社会理论二十讲》，郑作彧译，上海人民出版社2021年版，第219页。

〔23〕 《清明集》称之为“众分田业”。参见〔日〕仁井田陞：《〈清明集·户婚门〉研究》，载杨一凡、〔日〕寺田浩明主编：《日本学者中国法制史论著选·宋辽金元卷》，姚荣涛译，中华书局2016年版，第427页。

〔24〕 正如《礼记·内则》所言，“子妇无私货、无私畜、无私器”。参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第77页以下。

〔25〕 参见前引〔10〕，仁井田陞书，第158页；程维荣：《中国继承制度史》，东方出版中心2006年版，第238页。

共有关系存在于团体内部身份不平等者之间，区别于合伙等平等者之间的共有关系。^[26]财产关系与身份关系可谓区分但不区隔，成员财产权利的实际大小取决于家庭身份的高低。

滋贺秀三则持不同观点，认为家产虽然在事实层面属于所有家庭成员，但法律层面归属于父亲，共财不同于共有。父亲有偿处分家产时无须儿子同意，父亲的处分权限源自所有权而非教令权。分家是赋予儿子新的家产，而非共有物分割；兄弟分家时不按共有逻辑人均分配，而是按支分配。^[27]父亲虽然家庭地位最高，但是不独立或平行于家庭，处分财产须以家庭利益为依归，俗语常谓“都是为了这个家”。^[28]

民国立法者确立了个人财产制，家产作为法律概念不复存在，但同居共财依旧是家庭中最普遍的产权结构。个人财产制下，家庭财产的权利主体不再是家庭或父亲，而是夫妻和子女。^[29]民国民法第1122条规定，“称家者谓以永久共同生活为目的而同居之亲属团体”，以“共同生活”区别于旧律的同居共财，夫妻之间以及父母子女间仅负担相互扶养义务。^[30]1950年婚姻法采用一般共同财产制，^[31]婚前婚后一切财产皆归夫妻共同所有；1980年婚姻法改采二元结构，以婚后所得共同所有的法定财产制为主，夫妻约定财产制为辅。^[32]然而舶来的约定财产制背离了婚姻为“合二姓之好”的命运共同体的传统家观念，接受者寥寥。^[33]2001年修改婚姻法时的调研结果显示，赞同将婚后所得共同制规定为法定财产制的比例最高，表明民众主流观念仍是传统的同居共财。^[34]

民法典沿袭婚姻法对共财范围的列举式规定，拓展个人特有财产范围，更强调夫妻独立的经济地位。鉴于现代家庭仍然承担生育、养老保障等社会职能，夫妻一方收入往往包含着另一方难以精确衡量的贡献，婚后所得共同制所呈现的夫妻协力观对于处在普遍弱势经济地位的女性更为有利。^[35]家庭财产如房产若登记在未成年子女名下，司法实践的通常做法是穿透财产法外观，不直接按照登记情况认定房产的真实产权人，而是考量夫妻双方的真实意思，除非有相反证据，通常将房产视为夫妻及未成年子女的共同财产处理。^[36]上述情形皆可视为在现代家庭结构中普遍存在的新型同居共财关系。

婚姻家庭法层面的夫妻共同财产不能直接套用物权法层面的共同共有规范，夫妻共同财产

[26] 中田薰论定，唐宋时代的家族共产属于以父子共产为基础并扩展至直系单亲属的类型，仁井田陞则认为清代以来的家族共产属于以兄弟共产为基础并扩展至其子孙的类型。参见前引〔23〕，仁井田陞文，第427页以下；前引〔10〕，仁井田陞书，第171页以下。戴炎辉认为不是兄弟或叔侄共同继承父祖时始成立家属共财，而是父子祖孙间已成立家属共财。参见戴炎辉：《中国法制史》，三民书局1998年版，第214页；邢铁：《中国古代家庭经济研究：户等制度·家产继承》，中国社会科学出版社2021年版，第136页。

[27] 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第12页，第86页，第138页，第159页，第218页以下。

[28] 俞江：《论分家习惯与家的整体性——对滋贺秀三〈中国家族法原理〉的批评》，《政法论坛》2006年第1期，第56页。

[29] 参见郝洪斌：《民国时期继承制度的演进（1912—1949）》，中国政法大学出版社2014年版，第123页。

[30] 参见史尚宽：《亲属法论》，中国政法大学出版社2000年版，第788页。

[31] 1950年婚姻法第10条规定：“夫妻双方对于家庭财产有平等的所有权与处理权。”

[32] 1980年婚姻法第13条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同所有，双方另有约定的除外。”

[33] 参见前引〔20〕，李拥军文，第91页。

[34] 参见李适时主编：《中华人民共和国民法总则释义》，法律出版社2017年版，第152页。

[35] 参见薛宁兰、谢鸿飞主编：《民法典评注·婚姻家庭编》，中国法制出版社2020年版，第177页。

[36] 参见上海市高级人民法院《民事法律适用问答》（2005年第3期）第7条、《上海市高级人民法院关于审理婚姻家庭纠纷若干问题的意见》（沪高法民一〔2007〕5号）第12条；吴卫义、张寅编著：《婚姻家庭案件司法观点集成》，法律出版社2015年版，第350页；陈枝辉编著：《婚姻家庭继承纠纷疑难案件裁判要点与依据》，法律出版社2021年版，第327页。

制的效力限于婚姻关系内部，外部涉及第三人时遵循物权公示原则决定其归属。立法者在术语选择上也无意作了区分，民法典第1062条并未照搬物权编中的“共有”概念，而是保留了婚姻法中“夫妻共同所有”的表述；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》（法释〔2011〕18号，以下简称“婚姻法解释三”）第11条中“夫妻共同所有的房屋”在《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉婚姻家庭编的解释（一）》（法释〔2020〕22号，以下简称“婚姻家庭编解释一”）第28条中修改为“夫妻共同所有的房屋”。“共同所有”与“共同共有”分属婚姻和物权两个维度，如同滋贺秀三认为同居共财不同于家庭成员共有，两者的区别可以从内外关系及分割承继等具体场景中进一步展开。

（二）对外处分：区分有偿交易与无偿赠与

父家长型的家无论遵循仁井田陞等主张的“家产共有+教令权”模式，还是滋贺秀三主张的“父亲独享家产所有权”模式，父亲皆有权出卖或抵押家产，而子孙私擅用财或私卖家财的行为则不被认可。^[37]父亲去世后，儿子依父子一体观念接替父亲的家产所有者身份；寡妻依夫妻一体观念代位丈夫人格，但是具有中继性质，处分权受到儿子及其他宗族成员的制约。寡妻与儿子同居共财时，经母子一致同意方可有效处分家产。兄弟同居共财的复合型家中，长兄虽是家长但对家产不享有单独所有权，“无父从兄”的格言仅强调长幼之序，兄擅卖家产即“盗卖”，其他兄弟可主张追加分割出卖物。官府仅承认盗卖者对自己持有份额的处分，但不意味着普遍认可对部分家产的出让行为，^[38]因为份额对应于家产整体而非单个财物，原则上分家后家庭成员才有权出卖分得的财物。

传统家庭中父亲处分家产并非完全不受制约，须区分有偿交易和无偿赠与。具有对价性质的有偿交易本就存在损益风险，只要父亲并非故意有损家产，就不应受到苛责。^[39]相反，赠与外人明显会造成家产减损，任何家庭成员皆可提出异议。乡土社会视赠与为滋生纠纷的不安定举动，“乡俗不谙赠与契约”“无价不成约”等俗语，表明人们会尽力避免采用赠与这一称谓，法意识中尚未形成“赠与属于有约束力的契约”的观念。需注意的是，赠与不等同于无偿，儒家礼学讲究人际关系“礼尚往来”，重视礼物程仪背后的“义”，赠与常常具有“报偿”而非“无偿”性质，^[40]需要针对情境具体认定。公开且合乎情理的赠与如捐赠给书院，不仅不生争议，还会被褒扬为“慷慨乐施，助兴文教”。易生争议的是未经家庭成员知情的秘密赠与和损及子孙承继期待权的大额赠与。家庭成员的收入被归入家产后用于转赠他人，相当于夺走其劳动成果且威胁到生活基础。所谓“况伊自有亲子，岂能将家产全付他人”，家产是宗族延续和祖宗祭祀的物质基础，要在不同世代传承下去，这一观念限制了父亲将祖产赠与外人的权限。^[41]

现代家庭中夫妻地位平等，民法典第1062条第2款规定“夫妻对共同财产，有平等的处理权”。夫妻一方无权在日常家事范围外单独处分共同财产，如同传统复合型家中处分家产需要妻儿或兄弟的合意。若一方擅自处分共同财产，依据“债权方案”或“潜在共有方案”，^[42]

[37] 参见费孝通：《江村经济》，上海人民出版社2007年版，第56页以下；前引〔7〕，瞿同祖书，第17页。

[38] 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第247页以下，第437页以下。

[39] 参见前引〔28〕，俞江文，第53页。

[40] 参见孙邦金、陈安金：《论儒家的礼物观》，《哲学研究》2013年第10期，第36页以下。

[41] 参见前引〔28〕，俞江文，第47页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第213页以下，第224页以下。

[42] 参见贺剑：《夫妻财产法的精神——民法典夫妻共同债务和财产规则释论》，《法学》2020年第7期，第31页；贺剑：《论婚姻法回归民法的基本思路：以法定夫妻财产制为重点》，《中外法学》2014年第6期，第1502页以下；前引〔20〕，冉克平书，第223页；龙俊：《夫妻共同财产的潜在共有》，《法学研究》2017年第4期，第28页。

以登记状态推定物权归属并产生公信力。以夫妻一方擅自卖房为例,第一种情形是登记权利人为夫妻双方,一方出卖房屋;第二种情形是登记权利人为夫妻一方,另一方出卖房屋;第三种情形是登记权利人为夫妻一方,登记权利人出卖房屋。〔43〕“婚姻家庭编解释一”第28条第1款规定:“一方未经另一方同意出售夫妻共同所有的房屋,第三人善意购买、支付合理对价并已办理不动产登记,另一方主张追回该房屋的,人民法院不予支持。”该款中的“善意”,应解释为交易相对方对登记簿的信赖,在登记簿之外无需进一步核实登记事项与婚姻状况,因此该款仅适用于上述第三种有权处分情形,无需配偶同意即可发生效力。

处分行为在婚姻关系内部的效力同样应区分有偿交易和无偿或低价处分。有偿交易时共同财产仅发生形态上的变化,整体价值并未受损,原则上配偶利益无需救济。〔44〕无偿或低价处分时,若为无权处分则第三人无法善意取得,夫妻另一方利益得到优先保护;若为有权处分,夫妻共同财产制预设夫妻各享共同财产半数份额,如果处分的财产价值不及共同财产价值半数,配偶可在离婚时依据“婚姻家庭编解释一”第28条第2款请求另一方损害赔偿,或者分割共同财产时主张另一方少分或不分,足以达到救济目的;如果处分的财产价值超过共同财产价值半数,价值排序上仍应优先保护配偶而非无实际损失的受赠人,解释论上可认为擅自处分一方对配偶负有赔偿义务,配偶可作为擅自处分一方的债权人,通过行使债权人撤销权的方式撤销该赠与或低价处分行为。

(三) 对外负债:考察是否为了家庭利益

传统家族法对家庭债务秉承“父欠债子当还,子欠债父不知”原则。“父债子还”一直得到严格遵循,其内在逻辑一方面源自父子之间身份及人格承继的当然结果,〔45〕另一方面根植于同居共财的家庭经济结构,父债是家产上的债务而非父亲的个人债务,父亲去世后儿子承继父亲的家长地位,当然以家产为责任财产继续还债。〔46〕换言之,父债子还本质上不是继承法问题,而是家庭财产法问题,正如现代法上夫妻共同债务也须以夫妻共同财产偿还,夫妻共同财产可视为父子同居共财关系在现代家庭的映射。而在现代继承关系中,父债子还所倚仗的同居共财结构已不复存在,转而采用源于罗马优士丁尼法“财产清单照顾”(beneficium inventarii)的限定继承原则。〔47〕大清民律草案制定时,正值家族本位向个人主义过渡,因而规定以家庭财产之半作为特留财产,用于保障子嗣的个人生计;在特留份之外维持父债子还的做法,保留了家族连带责任的色彩。〔48〕民法典第1161条第1款第1句规定,“继承人仅以所得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应当缴纳的税款和债务”,父债子还终沦为历史遗迹;但本款第2句规定,“超过遗产实际价值部分,继承人自愿偿还的不在其限”,体现了父债子还的传统观念,且被视为美德而得到社会层面的赞誉。

“子欠债父不知”在现实中的运作则微妙得多,其本意并非父亲对儿子的债务一概不承

〔43〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编著:《最高人民法院民法典婚姻家庭编司法解释(一)理解与适用》,人民法院出版社2021年版,第265页。

〔44〕 参见前引〔42〕,贺剑《夫妻财产法的精神》文,第31页。

〔45〕 参见卢静仪:《清末民初家产制度的演变——从分家析产到遗产继承》,元照出版公司2012年版,第276页。

〔46〕 参见俞江:《继承领域内冲突格局的形成——近代中国的分家习惯与继承法移植》,《中国社会科学》2005年第5期,第126页。

〔47〕 参见〔意〕彼得罗·彭梵得:《罗马法教科书》,黄风译,中国政法大学出版社2005年版,第338页;Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano, 1990, p. 687.

〔48〕 参见前引〔25〕,程维荣书,第371页。

担责任，儿子得到父亲事先同意为家庭利益的负债、被父亲委任为当家后因买卖借贷或营业的欠债、营收归入家产的自营业欠债，父亲均需用家产偿还。实质评判标准为举债用于家庭生活还是纯粹个人挥霍玩乐，“子欠债父不知”仅适用于儿子因吸食鸦片、赌博、放荡等不正当行为所负债务。复合型家中，当家对外举债通常为家庭债务，家庭成员以自己名义举债则为个人债务；若当家举债用于个人不正当的花销，则其他成员同样有权拒绝以家产偿债。^[49]

民法典处理夫妻债务的思路与传统家族法趋同。第1064条把夫妻债务分为连带债务、共同债务与个人债务三种类型。^[50]连带债务的责任基础为多数人之债，其中小额债务限定在日常家事代理范畴；大额债务需要夫妻共同负债的意思表示，类似于“子债父还”要求儿子负债须基于父亲委任或默许。共同债务的责任基础是夫妻共同财产制而非共同负债意思，要求一方负债是出于夫妻共同生活或共同生产经营等家庭利益需要，界定时聚焦于举债是否正当，一方因黄、赌、毒等违法行为所负债务不属于共同债务。^[51]该标准对法定之债同样适用，若为家庭利益所生侵权之债属于夫妻共同债务，如开出租车时撞伤他人产生的赔偿义务；^[52]反之，去酒吧玩乐路上开车撞伤他人产生的赔偿金则属于个人债务。

（四）对内管理：立足于必要范围

传统家庭对内处理日常收支等家务管理活动不消耗恒常资产，包括供给家庭成员衣食住行以及教育所需、用农产品换取现金及购入日用品、赠答礼物等行为。掌管钱袋的被称为“当家”，按常例由家族内辈分和年龄最高者担当。当家和家长未必是同一人，直系尊属即家长任当家时，直接行使家务管理权限；旁系亲任家长或者家长委任一位成员当家时，家务管理权限源自委任行为而非成员的家庭身份，当家须以符合家庭整体利益的方式公平行使管理权限。内部推选当家时更多考虑其才识和能力，尊长任当家通常也是因为年长者经验丰富，母亲、弟弟或侄子任当家同样常见。父亲从当家位置隐退后，如有必要仍可以家长身份纠偏新任当家作出的决策。为了强化当家的权威，大家族会制定如北齐《颜氏家训》为代表的自治规矩来实现对成员的支配。^[53]

民法典第1060条通过日常家事代理制度处理家务管理权限问题。一方面，为了维护夫妻关系稳定以及未成年子女利益，有必要赋予处理家务一方经济上必要的行为自由，行为效力直接及于夫妻双方，以便高效处理大量维系家庭存续的日常交易；另一方面，日常家事代理虽冠以代理称谓，但不属于法定代理，无须遵循代理显名主义，夫妻可以自己名义、另一方名义或双方名义从事管理行为。为保护交易相对人利益，在日常家事范围内的交易，相对人无须知晓交易方是否已婚或者其配偶是否知情同意，相较于代理，将其视为婚姻关系生成的当然效力更为妥当。

当家和日常家事代理的权限范围都严格立足于“必要”，当家无权处分土地、房屋等重要家产，日常家事代理同样排除不动产买卖、房屋装修、金融投资、大额资金借贷等溢出日常生活需要的大额处分，司法实践要求在八类城镇居民家庭消费范畴内参考当地经济状况以及配偶双方收入水准等综合认定其标准。^[54]两者的区别在于人选，当家由家长或某家庭成员通过遴

[49] 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第175页以下，第254页。

[50] 参见汪洋：《夫妻债务的基本类型、责任基础与责任财产——最高人民法院〈夫妻债务解释〉实体法评析》，《当代法学》2019年第3期，第57页。

[51] 参见《浙江省高级人民法院关于妥善审理涉夫妻债务纠纷案件的通知》（浙高法〔2018〕89号）。

[52] 参见朱虎：《夫妻债务的具体类型和责任承担》，《法学评论》2019年第5期，第55页。

[53] 参见前引〔10〕，仁井田陞书，第161页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第304页以下。

[54] 参见黄薇主编：《中华人民共和国民法典婚姻家庭编解读》，中国法制出版社2020年版，第91页；前引〔35〕，薛宁兰等主编书，第155页。

选担当，而夫妻互为日常家事代理人。

三、区别于家庭财产的特有财产

(一) 特有财产的类型

作为同居共财的例外，传统家庭存在三类特有财产。第一类是永业田、赐田等官府授予高官及有功者的土地。第二类是随嫁财产即“奩产”，包括男方家庭出的聘财和女方家庭出的妆奁，常见有日用衣物、首饰、钱财和随嫁田等。^[55]唐令有云，“妻家所得之财，不在分限”，随嫁财产不充作夫家家产，而是夫妇“房”下的特有财产，但在夫妻之间又构成共同财产。第三类是日常生活用品和首饰，以及妇女利用余暇做工或从事副业的报酬、放款利息等，归妇女个人所有。^[56]

传统家庭依“资产分割”理论，^[57]存在家之财产、房之财产以及个人财产的多层归属状态。群己界限是相对的，公与私也是相对的。^[58]站在家内部各房的角度，家产是公的，房内财产是私的；站在妻子角度，房内财产也是公的，个人财产才是私的。现代夫妻共同财产制下，婚内财产同样可以区分为丈夫个人财产、妻子个人财产与夫妻共同财产。例如，“一方专用的生活用品”，无论在传统家族法中还是依据民法典第1063条第4项，都被认定为个人财产。

在家外人的视角下，家产和特有财产的界限是模糊的，为保障交易相对方的利益，虽然丈夫处分随嫁财产等特有财产在家庭内部须得到妻或娘家同意，但是擅自出卖时妻不能向买主请求撤销。^[59]而在家庭内部成员的视角下，家产和特有财产的区分无疑是清晰的，且允许性质上相互转换，例如传统家庭分家时，各房所分得的家产同房内特有财产合并形成新的家产；^[60]现代家庭夫妻之间赠与房产也相当于一方个人财产转变为另一方个人财产或共同财产中的份额。“婚姻家庭编解释一”第32条在“婚姻法解释三”第6条的基础上增加了实践中广泛存在的“加名”即赠与部分房产份额的类型。在区分物权和婚姻两个维度的理论看来，夫妻间赠与房产是否对外发生物权效力，取决于变更登记的情况，^[61]但在婚姻关系内部则直接发生效力。第32条混淆了物权与婚姻两个不同维度，类推适用赠与合同相关规范，赋予赠与方在变更登记前的任意撤销权，不具有合理性。

(二) 随嫁财产与父母为子女购房出资

传统家庭最常见的特有财产是随嫁财产，现代法类似情境是父母为子女结婚购房出资。

[55] 奩是古代妇女用的梳妆匣，给陪嫁女儿的首饰细软也放在奩匣中，所以习惯称娘家陪送的贵重物品为奩产。谚语亦云：“儿承家，女吃饭。儿受家产，女受奩。”女儿“吃饭”即养育到结婚为止，“受奩”即限于所谓的随嫁财产。参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第133页以下。

[56] 参见陈顾远：《中国婚姻史》，商务印书馆2018年版，第150页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第544页以下；前引〔23〕，仁井田陞文，第434页。

[57] 每个人初始状态下的财产为“概括财产”，随着社会交往关系日益多样化和复杂化，概括财产会随着资产分割在主财产之外形成多个“特别财产”。See Henry Hansmann & Reinier Kraakman, *Organizational Law as Asset Partitioning*, 44 *European Economic Review* 807-817 (2000).

[58] 参见前引〔11〕，费孝通书，第28页。

[59] 参见前引〔10〕，仁井田陞书，第197页。

[60] 参见前引〔37〕，费孝通书，第54页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第527页。

[61] 参见前引〔43〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第303页。关于夫妻房产赠与问题，另参见叶名怡：《夫妻间房产给予约定的性质与效力》，《法学》2021年第3期，第149页。

“婚姻家庭编解释一”第29条为“父母出资的归属”与“子女所购房产的归属”两者脱钩提供了解释空间。父母出资转化为子女个人财产或夫妻共同财产，购房资金不再溯源至出资。实践中父母通常不会跟子女签署书面合同，出资性质属于没有约定或约定不明确的状态，子女离婚时出资推定为借贷还是赠与成为争议焦点。父母与子女的亲缘关系决定了赠与的可能性高于借贷，推定为出资目的在于改善子女居住条件而非日后收回资金。^{〔62〕}更何况随嫁财产本就是传统家庭家产代际传承的一种方式，父母选择子女结婚当口作为传承家业的契机，^{〔63〕}预示着父母的本意不可能是借贷，除非有借贷的明确意思。

父母出资构成子女个人财产还是夫妻共同财产？依据民法典第1062条，在没有明确表示赠与一方的情况下，应当归夫妻共同所有。这一方案忽略了交换所得与无偿所得的区别。交换所得具有对价性，交易相对方的意思和利益止于交换，并不关心对价财产是否成为夫妻共同财产；即便相对方与夫妻一方约定了对价财产的婚姻内部归属，基于合同相对性也只能约束交易双方，无法约束交易一方的配偶，^{〔64〕}换言之该约定不能对抗法定财产制。但是在受赠、继承等无偿所得中，婚姻内部归属对基于身份或个人情感的赠与具有决定性影响，赠与人通常不希望财产由受赠人之外的第三人分享。^{〔65〕}父母出资的目的在于满足子女的婚姻生活所需，不愿设想婚姻解体的可能，但是血亲与姻亲的天然差异，决定了为自己子女购买住房才是出资本意。^{〔66〕}虑及子女未来离婚的可能性，父母出资应当解释为对子女一方的赠与，归入子女的个人财产，彻底隔绝离婚风险。

民法典第1062条也与传统家观念相悖。随嫁财产是夫妇房下的特有财产而非家产，主要功能在于阻隔随嫁财产与家产的关联，维持房内财产的相对独立。如同现代法上父母赠与所得被归入子女个人财产是为了避免离婚时被配偶瓜分，传统家庭中若因夫嫁卖妻或其他罪过导致离婚，随嫁财产须返还给妻；因夫妇不和睦导致离婚，随嫁财产通常可由妻带回娘家；只有妻因通奸等罪过导致离婚时，夫方可不必归还随嫁财产。^{〔67〕}如此做法同样达致离婚时由妇女保有随嫁财产的效果，保障了妇女离婚后的生活供养。

“婚姻家庭编解释一”第29条以赠与时点在结婚前后区分赠与对象为子女一方或夫妻双方，同样与传统家观念相悖。传统社会并非只在出嫁时分予随嫁财产，待结婚数年夫妇和睦、外孙出生后，娘家另行分予妆奁田、胭粉地的情況也很常见。^{〔68〕}结婚仅仅意味着婚姻生活这一“继续性”关系的开始，各方行为都围绕婚姻关系展开。父母出资购房乃为满足子女婚姻生活的居住需求，实际出资时点在结婚前或后具有偶然性，且不影响出资目的实现。因此，无论婚前还是婚后出资，都应认定为对子女一方的赠与，民法典第1063条第3项“遗嘱或赠与合同中确定只归一方的财产”中，“确定”一词应作扩大解释。学界为了避免出资被认定为赠与夫妻双方以保障子女一方利益，不得已迂回引入赠与所附条件不成就、所附义务未履行、情

〔62〕 参见前引〔43〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第283页以下；郑学林、刘敏、王丹：《〈关于适用民法典婚姻家庭编的解释（一）〉若干重点问题的理解与适用》，《人民司法》2021年第13期，第45页。

〔63〕 参见赵晓力：《中国家庭资本主义化的号角》，《文化纵横》2011年第1期，第32页。

〔64〕 参见前引〔42〕，贺剑《夫妻财产法的精神》文，第28页以下。

〔65〕 参见张振华：《〈民法典〉视阈下婚后父母出资购房性质研究》，《中共郑州市委党校学报》2021年第3期，第67页以下。

〔66〕 参见前引〔43〕，最高人民法院民事审判第一庭编著书，第283页以下。

〔67〕 参见前引〔10〕，仁井田陞书，第204页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第535页以下。

〔68〕 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第451页，第523页。

事变更等结构更为复杂的救济措施，〔69〕增加了制度成本和法律适用的复杂性。

（三）特有财产的转化及其收益归属

传统家庭中，若兄弟离家后以家产投资经商，收益归入家产；若兄弟各按所好谋生或空手外出打拼，则积累的产业是个人财产。这一做法对应现代法上的“不转化规则”，即婚后共同财产的增值属于共同财产，而个人财产的形态变化或自然增值仍属于个人所有。在此基础上，传统家族法意识到资本收益与劳动收益之间微妙却明确的区别，房下收佃田的地租作为资本收益仍归入该房的特有财产，但是夫妻耕种收佃田的劳动收益则归于家产，因为同居共财下家属的劳动力应优先服务于家产而非特有财产，〔70〕只有闲暇时间的劳动所获才属于个人。

现代法同样区分资本自然增值收益和劳动收益，民法典第1062条第1、2项及“婚姻家庭编解释一”第25、26条将婚内所得的工资、奖金、劳务报酬和生产、经营、投资的收益，以及一方个人财产婚后除孳息和自然增值外的收益，都规定为劳动所得并归入共同财产。其实质合理性在于夫妻协力理论，夫妻一方婚后所得推定包含着配偶的付出、贡献或协力，〔71〕这也构成离婚经济补偿制度的理论基础。〔72〕最高人民法院甚至认为，婚后出租个人房屋需要投入时间精力，因此租金也属于经营性收入归入共同财产，在司法实务中引发争议。〔73〕

夫妻一体是人为联结的关系，存在破裂的可能性，但随着婚姻时间的延续，一体关系通常愈发稳固，随嫁财产有逐渐并入家产的趋势。夫去世后，夫妻一体成为永久性关系，寡妻通过改嫁带走随嫁财产比离婚情形下更难。妻去世后，随嫁财产与家产合并由子孙承继，娘家不得收回。〔74〕这一观念在现代法上的体现是，《最高人民法院关于人民法院审理离婚案件处理财产分割问题的若干具体意见》（法发〔1993〕32号）第6条曾规定：“一方婚前个人所有的财产，婚后由双方共同使用、经营、管理的，房屋和其他价值较大的生产资料经过8年，贵重的生活资料经过4年，可视为夫妻共同财产。”但该条已被《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（一）》（法释〔2001〕30号，以下简称“婚姻法解释一”）废止，“婚姻家庭编解释一”第31条接续“婚姻法解释一”第19条，重申了不转化规则，避免加剧中高收入人群视结婚为“均贫富”的危途。但是不转化规则的合理性值得反思，夫妻关系的稳定性和相互信赖度通常与婚姻年限呈正相关关系，离婚处理一方婚前房产时，若不考虑婚姻关系持续数月与数十年的巨大差异，无视另一方配偶随着结婚年限积累而对实际居住的房产逐年增加的依赖，仅简单依据购房时的出资作相同处理，未免过于僵化而失之公平。

四、家庭财产的解体分割与代际传承

（一）从宗祧继承到纯粹财产继承

同居共财关系中，父亲去世仅意味着共财集团中少了一位成员，同居共财关系并未消解，

〔69〕 参见王葆蔚：《德国婚姻赠与返还制度研究》，《中国应用法学》2020年第3期，第154页；于程远：《论离婚时对父母出资所购房产的分割——基于出资归属与产权归属的视角》，中国政法大学民商经济法学院“学术成长沙龙”第20期，2021年11月9日。

〔70〕 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第527页。

〔71〕 参见薛宁兰、许莉：《我国夫妻财产制立法若干问题探讨》，《法学论坛》2011年第2期，第23页。

〔72〕 参见汪洋：《共同财产制下离婚经济补偿的价值基础、教义构造与体系协调》，《妇女研究论丛》2021年第5期，第74页。

〔73〕 参见最高人民法院民事审判第一庭编：《民事审判指导与参考》总第56辑，人民法院出版社2014年版，第118页以下。

〔74〕 参见前引〔10〕，仁井田陞书，第204页。

因此不存在形式上的继承；但是儿子成为新的家长，家产实现了从祖先到子孙的传承，可谓实质意义上的继承。“父子分形同气”构成中国人“承继”观念的根柢，由此结成的祖先子孙的连锁关系便是“宗”，人格、祭祀、财产三位一体，首要承继的是人格（继嗣），其次是象征人格连续关系的祭祀（承祀），最后才是家产（承业）。家产作为祭祀的物质基础，财产承继只是身份承继（宗祧继承）的附庸。^[75]在无法通过生育得到后继者时，通过设立养子继嗣。罗马法前期的“生者间概括继承”（*successio inter vivos*）和“死因继承”（*mortis causa*），同样聚焦于宗亲家庭最高权力即家父身份的交接，而不是服务于财产转移。因此，继承人资格是实质性要件，继承人概括继承死者的法律地位，取得遗产只是附带后果。^[76]

大清民律草案将日本民法上“相续”一词以“继承”代之，^[77]“继承”正式成为立法术语。该法形式上保留了财产继承而删除宗祧继承，实则将宗祧继承隐藏于亲属编“亲子关系”中，继续秉持宗亲、外亲和妻亲的传统分类，肯定嫡庶之别并设有“嗣子”专章，^[78]但宗祧的功能由延续宗族祭祀转变为维系家属之间友爱和谐及赡养扶助。法典体例的改变也为后续彻底废除宗祧继承创设了条件，^[79]民国民法完全废除宗祧继承，全盘继承了西方遗产继承制度，确立了财产继承、男女平等和遗嘱自由三大原则，法庭不再受理宗祧继承纠纷，同族侄子继承无嗣叔伯的宗祧及财产的优先权被剥夺，^[80]在立法文本上实现了继承制度的近代化。民国民法创设了“遗产继承人”概念用于表达纯粹的财产继承人，包含子女对父母的直系继承、兄弟姐妹的旁系继承以及父母对子女的逆向继承，这种世代间来回跳跃的财产传承秩序是传统家观念难以想象的。^[81]

民国立法者为了切断宗祧继承和财产继承的联系，还釜底抽薪地重构了亲属范围，废除宗法制下宗亲、外亲和妻亲的分类，重组为血亲、姻亲和配偶。生前立嗣被重构为收养关系，遗嘱立嗣被视为指定继承，丈夫去世后妻子领养的孩子只是妻子而非丈夫的养子和继承人。异姓养子女和婚生子女地位相同，嫡母和庶子之间仅存在姻亲关系。^[82]亲属范围的重构还改变了扶养关系的运作逻辑，传统家庭的扶养和同居共财的家产相联结，而今则通过血缘或者共同居住关系与特定的人挂钩。直系血亲、兄弟姐妹之间存在相互扶养关系，其他血亲或姻亲之间是否存在扶养关系，则取决于共同居住状态。^[83]

民法典同样只承认纯粹财产继承，除维持血亲、姻亲和配偶的分类外，第1045条还规定了近亲属和家庭成员两类亲属范畴，并通过拟制血亲概念容纳因收养形成的养父母子女关系以及形成扶养关系的继父母子女关系，赋予相互扶养和继承的权利义务。姻亲关系不是根据血缘或自由意志建立的，是否有继承权利取决于是否承担了主要赡养义务。第1129条规定丧偶儿媳、女婿的第一顺位继承人地位，这是对传统家观念中孝文化的重要传承。

[75] “宗”指祖先，“祧”指远祖之庙，所以“宗祧”指代祭祀。参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第118页以下；前引〔25〕，程维荣书，第37页；前引〔15〕，叶孝信主编书，第78页。

[76] 参见前引〔47〕，彭梵得书，第324页；前引〔47〕，Talamanca书，第669页。

[77] 参见苏亦工：《中法西用：中国传统法律及习惯在香港》，社会科学文献出版社2002年版，第255页。

[78] 参见前引〔29〕，郝洪斌书，第53页。

[79] 参见前引〔25〕，程维荣书，第371页。

[80] 参见谢振民编著：《中华民国立法史》，中国政法大学出版社2000年版，第787页。不可忽略的是，梅仲协先生对废止宗祧继承提出过尖锐批评。参见梅仲协：《民法要义》，中国政法大学出版社1998年版，第20页。

[81] 参见〔美〕白凯：《中国的妇女与财产：1960-1949年》，上海书店出版社2003年版，第93页以下。

[82] 参见前引〔25〕，程维荣书，第417页以下；史尚宽：《继承法论》，中国政法大学出版社2000年版，第18页以下。

[83] 参见前引〔81〕，白凯书，第106页。

（二）生前分家与死后继承的同一性

同居共财使家庭成员的收入、消费可以统一核算；承继使遥远的祖先、现存的世代以及将来的子孙之间也可以统一核算。“是我的东西”所表达的父亲享有所有权和“必须留给儿子”所表达的儿子享有承继期待权，都以“是祖宗留下来的东西”这一观念为基础。父亲被委任为家长在这一“辈”的时间段内运营家产，对家长的制约源于联结祖先和子孙的承继关系，而不仅仅是父子的同居共财关系。^{〔84〕}家产的解体分割和代际传承两个环节无法明确区隔，无论是生前分家还是死后继承，既是家产在诸子间的分割，也是家产从父辈到子辈的传承，财产承继寓于分家之中。制度层面体现为，家产被强制保存在家庭内部，生前分家和死后继承遵循诸子均分，父亲在分家和遗嘱中的自由处分严格受限。

家的要素是人与财，无论生前分家还是死后继承，都需要同时切断人与财两个方面的联结。时间效力上，分家并非单纯分割已存家产，同时还会切断未来收入和消费的共同会计关系，正如现代法中夫妻将法定夫妻共同财产制改为约定财产制，不仅影响到现有夫妻共同财产的归属，还会改变夫妻将有收入的归属。诸子均分的原则下，允许分家时存在合理差别，譬如分给未婚兄弟特别份、分给长孙田用于祖先祭祀花销等，^{〔85〕}合理评价成员对家庭的贡献。同理，现代夫妻协力理论也认可在夫妻共同财产的认定和分割环节考虑双方对家庭的贡献。

父亲亡故后若家中只剩独子，则不存在分家问题，家产分割本质上是兄弟之间而非父子之间的事情；兄弟分割家产须得到母亲许可，但母亲不得擅自处分、遗赠或者改嫁带走养老份。父母皆亡故后，诸子可以继续保持同居共财的复合型家，也可以分家。分家意味着分“房”，每房之下的孙辈不能越过子辈参与分家；“兄弟亡者，子承父分”，类似于现代法上的代位继承；但是“兄弟俱亡，则诸子均分”，因为诸子全部亡歿时，局限于子辈的份额均等已无意义，可由孙辈越过子辈直接均分遗产，称为越位继承。^{〔86〕}

同居共财下父亲不能实施明显害及家产的无偿赠与等行为，儿子的承继期待权是超越死者意思的难以动摇的法定权利，区别于现代法上的继承期待权，后者在必留份、特留份之外不能阻止被继承人自由处分遗产，而承继期待权对父亲有实质性拘束力，父亲常态下不能剥夺任何一位儿子的承继资格，且须尽量避免任意分割家产而力求公平，^{〔87〕}这是防止子孙日后纷争的有效途径。所谓“肉要烂在锅里”，如果允许遗赠给外人，就不能称为家产了，因此遗嘱这一概念对乡土社会是陌生的。黑格尔也把立遗嘱权称为“任性的权利”，扩大任性的有效性以对

〔84〕 参见前引〔28〕，俞江文，第54页。

〔85〕 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第453页，第523页；前引〔10〕，仁井田陞书，第177页以下；前引〔25〕，程维荣书，第260页。

〔86〕 唐《户令》“应分”条：“诸应分田宅及财物者，兄弟均分，妻家所得之财，不在分限；兄弟亡者，子承父分；兄弟俱亡，则诸子均分，其未娶妻者，别与娉财；姑姊妹在世者，减男娉财之半，寡妻妾无男者，承夫分。若夫兄弟皆亡，同一子之分。”参见前引〔15〕，叶孝信主编书，第275页以下；前引〔23〕，仁井田陞文，第432页；前引〔13〕，滋贺秀三书，第196页。

〔87〕 秦汉以降，生前或死后分家不均被视为不仁不义的违法行为，唐《户令》“应分”条规定，“诸应分田宅及财物者，兄弟均分”。《唐律疏议》“户婚”规定，“同居应分，不均平者，计所侵，坐赃论减三等”，分家不均、多占家产被视为与偷盗相近的罪过。《大清现行刑律·户役》“卑幼私擅用财”条：“凡同居卑幼不由尊长，私擅用本家财物者，两处二等罚……若同居尊长，应分家财不均平者，罪亦如之。”明末清初的审判实例认为，子孙无须遵行父亲变更均分份额或赠给外人的遗言，遗言的有限效力仅限于嗣子人选以及女儿等承受部分财产事宜。参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第198页；许烺光：《中国人与美国人》，徐隆德译，我国台湾南天书局有限公司2002年版，第126页；前引〔26〕，邢铁书，第165页。

抗家庭关系等于削弱后者的伦理性。^[88]传统家庭中遗嘱继承与户绝立嗣两套流程通常合二为一，立遗嘱的前提是“身丧户绝”或“财产无承分人”，立遗嘱成为户绝之家传延门户的补救办法。南宋以降，遗嘱继承人范围和被立嗣人的选择范围基本重合，目的是不让财产流出家外。^[89]《清明集》记载遗言须“听自陈，官给公凭”，即口头陈述或文书形式的遗嘱须由官府加盖官印方可生效，^[90]与现代法上的遗嘱同采严格的要式主义。

清末修法确立个人财产制后，遗嘱自由成为所有权人处分自由必不可少的内容。虽然诸子均分且家产不外流的观念仍然根深蒂固，^[91]但是在立法层面，民国民法第 1187 条规定“遗嘱人于不违反关于特留分规定之范围内，得以遗嘱自由处分遗产”。民法典第 1123 条也明确了遗嘱继承优先于法定继承。法定继承人范围虽然取决于特定身份，但在继承份额如应继份以及遗产酌给份的认定上，仍然会实质性衡量继承人的贡献，只是现代法更侧重于赡养义务的履行，而传统家族法更侧重于家产的累积。

家产不外流的传统习俗在现代继承法中依旧可通过共同遗嘱、后位继承、附义务遗嘱、遗产信托等一系列制度工具得以实现。例如，共同遗嘱便契合了待父母双亡后再行分割遗产的习惯，以达到家庭财产整体性移转之目的，兼具生活保障功能与预防遗产外散功能。民法典第 1152 条相较于继承法新增“遗嘱另有安排的除外”，为认可共同遗嘱及后位继承预留了空间。在民法典增设居住权制度后，“生存配偶享有居住权 + 后位继承人享有所有权”是在房产等遗产重要组成部分上实现后位继承功能的可行路径。^[92]

现代法上，家庭财产的解体和分割除了因一方死亡而继承的途径外，还可通过婚内析产途径实现。民法典第 1066 条规定婚姻关系存续期间例外允许夫妻分割共同财产；“婚姻家庭编解释一”第 38 条进一步明确了除第 1066 条规定情形以外，在婚姻关系存续期间，夫妻一方请求分割共同财产的，人民法院不予支持，即以不允许分割共同财产为原则，允许分割为例外。第 1066 条文义上并未明确婚内析产的对象是部分还是全部共同财产，通说认为可针对某项特定财产请求分割，且全国人大法工委释义书认为该条并非增设非常法定财产制，仅针对现有财产。^[93]夫妻分割共有财产后，婚姻关系继续存在，之前实行的夫妻财产制在分割之后继续发生效力，未来收入可能生成新的家庭财产。

（三）多子女时代引入归扣衡平诸子利益

归扣源于罗马裁判官法上的“财产合算”（*collatio bonorum*），优士丁尼法将其确立为同等

[88] 承认有权任意订立遗嘱，很容易造成伦理关系的破坏，并引起卑鄙的钻营和同样卑鄙的顺从。参见 [德] 黑格尔：《法哲学原理》，范扬、张企泰译，商务印书馆 1961 年版，第 218 页。

[89] 中国自古就有遗言一词，又称遗命、遗令，《清明集》称为遗嘱，内容涉及立嗣等身份行为和财产处分。迄今所知最早的遗嘱为汉代的《先令券书》，现存最早涉及遗嘱的规范是《宋刑统·户婚》所引唐代的《丧葬令》以及北宋《户绝条贯》，规定“若亡人遗嘱证验分明，并依遗嘱施行”。北宋时期遗嘱继承人范围未设限制，南宋《户令》则限于“内外缌麻以上亲”即同宗不出五服之人。《元典章》规定“身丧户绝，别无应继之人，其田宅浮财……尽数拘收入官”，极度压缩了遗嘱继承的适用空间，但实践中官府一般仍承认遗嘱效力，仅撤销遗嘱中不合常理、侵犯孤幼权益的内容。参见赵晓耕主编：《身份与契约：中国传统民事法律形态》，中国人民大学出版社 2012 年版，第 290 页；前引 [15]，叶孝信主编书，第 392 页以下；前引 [25]，程维荣书，第 289 页；前引 [26]，邢铁书，第 231 页以下，第 248 页以下。

[90] 参见前引 [23]，仁井田陞文，第 439 页以下。

[91] 参见林辉煌：《家产制与中国家庭法律的社会适应：一种“实践的法律社会学”分析》，《法制与社会发展》2012 年第 4 期，第 146 页。

[92] 参见汪洋：《民法典时代共同遗嘱的理论构造》，《法商研究》2020 年第 6 期，第 59 页。

[93] 参见前引 [54]，黄薇主编书，第 131 页；前引 [35]，薛宁兰等主编书，第 259 页。

慈爱预设下公平对待所有直系卑亲属的继承制度，^[94]并为大陆法系多数国家民法典采纳，内容是将继承人在继承开始前从被继承人处受赠的特定财产视为应继份的预付，遗产分割时予以扣除。^[95]我国传统家族法并无归扣概念，但是生前分家同样被视为家产或继承份额的预付，需要在继承环节扣除该预付部分，方能实现诸子均分。唐宋皆规定“其未娶妻者，别与娉财，姑姊妹在室者，减男娉财之半”，意指兄弟分家时，未婚者除了与已婚者取得同样一份家产外，还可另外得到一份娉财；同时还应当给未婚姊妹留出一份将来的妆奁，以体现在室女即未婚姊妹与出嫁女即已婚姊妹的同等待遇，可见授受妆奁作为一种分家方式，^[96]目的在于每位家属通过分家和继承两个阶段分得的家产总额大致相等。

清末修法确立了个人所有权和遗产继承的全新框架，民国民法不再承认生前继承，在传统分家习惯和西方遗产继承之间宣告了后者的全面胜利。从此分家淡出国家法视野，但是在农村地区仍然长期普遍存在，因为在社会实然层面，个人财产制并没有真正取代家产制，只是在国家法规范层面搁置了家产制而已。^[97]传统与现代的断裂，表面上关涉的是继承法的流变，实质上反映出家产制与个人财产制的抵牾。为此，大清民律草案与民国民法皆引入归扣制度，^[98]试图填补国家法死后继承和民间法生前分家两项制度在诸子利益分配上可能造成的鸿沟。

新中国社会结构发生剧变，现代核心家庭取代宗法大家庭成为主流家庭形态，父母子女之间通常鲜有同居共财语境下的共同财产分割问题，而限缩为财产的代际传承即继承问题。即便如此，当代民众继承习惯调查表明，生前特别赠与和遗产归扣习惯仍然普遍存在，约三分之一的家庭财产会在父母生前通过赠与已成年且别居的子女完成代际传承；^[99]父母去世时，剩余家庭财产通常由未获得生前特别赠与的子女继承；部分子女之前受赠的财产被纳入遗产平均分配；或者遗产分割时对其他子女有所照顾。^[100]伴随着城镇住房改革全面铺开，父母出资支付首付款、夫妻婚后共同还贷的购房模式成为普遍现象；再叠加计划生育政策调整，使我国从独生子女时代过渡到多子女时代。这些因素造就的问题是，若父母仅为部分子女购房出资，去世后各子女依法定继承平均分配遗产，将导致每位子女所获代际传承的财产严重不均等，这一结果未必符合父母生前的意思，生前赠与和死后继承两者分离的矛盾更为凸显，^[101]有必要通过归扣制度予以衡平。

[94] 参见前引〔47〕，彭梵得书，第374页；〔德〕马克斯·卡泽尔、罗尔夫·克努特尔：《罗马私法》，田士永译，法律出版社2018年版，第743页；Vincenzo Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 1989, p. 540.

[95] 参见前引〔82〕，史尚宽书，第230页；房绍坤、朱呈义：《论遗产分割中的归扣制度》，《法制与社会发展》2003年第6期，第65页。

[96] 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第453页；前引〔15〕，叶孝信主编书，第275页以下；前引〔26〕，邢铁书，第180页以下。

[97] 参见俞江：《中国民法典诞生百年祭——以财产制为中心考察民法移植的两条主线》，《政法论坛》2011年第4期，第118页；前引〔46〕，俞江文，第130页。

[98] 参见大清民律草案第1478条；民国民律草案第1376条；民国民法第1173条；杨立新主编：《中国百年民法典汇编》，中国法制出版社2011年版，第208页，第371页，第516页。

[99] 参见陈苇主编：《当代中国民众继承习惯调查实证研究》，群众出版社2008年版，第109页以下，第290页以下，第430页以下，第523页以下。

[100] 参见李洪祥：《遗产归扣制度的理论、制度构成及其本土化》，《现代法学》2012年第5期，第60页；王丽萍：《我国〈继承法〉法定继承规定的民间态度——山东省民间继承习惯调查研究》，《甘肃政法学院学报》2007年第3期，第42页；张华贵：《财产归扣制度研究》，《现代法学》2006年第4期，第86页。

[101] 参见孟焯：《生前特别赠与及遗产合算制度之构造——以民法典继承编为分析视角》，《东方法学》2021年第4期，第190页。

民法典未明确规定归扣，但是存在容纳归扣的解释论空间。第1130条第1款规定：“同一顺序继承人继承遗产的份额，一般应当均等。”遗产份额均等正是传统家族法诸子均分亲情伦理的体现，也与归扣制度的价值观念契合。^[102]第3款后段规定的与被继承人共同生活的继承人可以多分遗产，着眼点并非该款前段规定的“尽了主要扶养义务”或者第2款规定的继承人“生活有特殊困难又缺乏劳动能力”，而是隐含一种前提预设，即共同生活的子女未像其他子女一样通过特别赠与得到分家立业的财产。部分子女多分遗产意味着减少已获特别赠与的子女的遗产份额，^[103]实质上等同于将对部分子女的生前特别赠与推定为应继份的预付，在保障父母意思自治的前提下，实现各子女均等分配家庭财产的目的。另需注意，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民法典〉继承编的解释（一）》（法释〔2020〕23号，以下简称“继承编解释一”）第23条规定：“有扶养能力和扶养条件的继承人虽然与被继承人共同生活，但对需要扶养的被继承人不尽扶养义务，分配遗产时，可以少分或者不分。”该规定并未否定归扣本身，而是表明立法上“要求继承人承担扶养义务”在价值位阶上高于“各子女均等分配家庭财产”，换言之，适用归扣衡平诸子利益须以子女已尽扶养义务为必要条件。在各子女均已尽扶养义务的前提下，仍可依据民法典第1130条第3款后段采用归扣制度。

（四）男女平等的障碍：从宗族伦理到意思自治

传统家庭中，妇女在娘家和夫家分别扮演女儿和妻子两种身份角色。^[104]丈夫在世期间，妻子人格被吸收，丈夫去世后依其是否有子分别对应分家和承祧两套流程。寡妻先以妻子继而以婆婆、祖母的身份经营或指派他人经营亡夫产业，被称为继管，历代律令习俗均认同寡妻以自己名义提起家产诉讼。^[105]然而继管不同于所有，寡妻没有处分权限，名分之别不仅可防止寡妻挥霍家产，也确保孤儿寡母在贪婪的亲戚或土地兼并者胁迫下实施的家产处分无效。^[106]无子时寡妻通过承祧挑选嗣子，但是唐宋并未强制宗祧继承，唐《户令》“应分”条规定“寡妻妾无男者，承夫分”，守节寡妻可继承丈夫的家产，唯禁止典卖亡夫财产或带产改嫁。^[107]明初确立强制侄子继嗣，“妇人夫亡无子守志者，合承夫分，须凭族长择昭穆相当之人继嗣”，明确了“妻承夫分”的继管性质，仅视为嗣子继承家产的过渡阶段，^[108]寡妻地位一落千丈。清中叶在鼓励寡妻守贞的理念推动下，要求挑选嗣子须满足“昭穆相当”和“顺孀妇之心”双重要件，赋予寡妻在族侄中自由择继的权利，^[109]强制继嗣的同时又扩张了寡妻对家产的控制权。

针对女儿，滋贺秀三认为，家产由儿子们总括性承继，部分家产“拨”或“酌分给”与家有密切关系的女儿、长期同居的义子、赘婿或者妾，称为“承受”，区别于以人格连续为本质的“承继”。女儿的权利限于被抚养至成年以及出嫁时获得一笔嫁妆，随嫁财产是女儿间接参与娘家分家的常用方式。^[110]有学者从《清明集》判词记载推论，南宋时期女儿在分家和承

[102] 参见前引〔100〕，李洪祥文，第55页。

[103] 参见龙翼飞、窦冬辰：《遗产归扣制度在我国的适用》，《法律适用》2016年第5期，第67页。

[104] 妻子包括寡妻和寡媳，女儿包括在室女（未嫁女）、出室女（出嫁女）以及归宗女。

[105] 参见前引〔26〕，邢铁书，第195页以下。

[106] 参见前引〔81〕，白凯书，第49页，第181页。

[107] “夫死改嫁者，不得占夫家财物，当尽付夫之子孙。”前引〔23〕，仁井田陞文，第435页。

[108] 参见前引〔25〕，程维荣书，第258页，第279页以下。

[109] 寡妇择立贤能的做法被称为爱继，没有官员会否决寡妇的爱继而强迫她选择应继。这样，爱继被提升到与以宗族次序为根据的应继的同等地位。参见前引〔81〕，白凯书，第57页以下。

[110] 参见前引〔13〕，滋贺秀三书，第133页以下。

继时享有“女承分”，例如在户绝场合，唐代规定全部家产归女儿所有；宋代区分未嫁女、归宗女和出嫁女，所获家产份额递减；明代强制侄子继嗣后，女儿对家产的权利才开始劣后于族兄弟。^{〔111〕}《大清律例》中财产继承第一顺序为诸子均分，第二顺序为在室女和赘婿，第三顺序为出嫁女，寡妻作为特殊顺序继承人处理。^{〔112〕}大清民律草案仍然区分继承和承受，为女儿出嫁的花销不同于对外人的赠与，倘若没有明显损害继承人的应得份，通常予以认可。^{〔113〕}

综上所述，传统家族法中男女针对家产的权利严重不对等，寡妻仅在家产从丈夫传承至儿子的过渡阶段对家产有受限的继管权；女儿有权承受而非承继部分家产，但在顺位和份额上都劣后于儿子。民国立法者由此认为实现男女家庭平等的三大障碍是承祧、单系继承以及家产制，改革方向定为废除宗祧继承、以双系继承代替父系继承以及以个人财产制取代家产制。民国民法继承编草案曾规定，成年子女若继续与父母同居并对家庭财产作出贡献，分家时所得份额取决于其贡献。草案这一规定事实上剥夺了对家产少有贡献的出嫁女针对家产享有的权利，顾虑到此举有违男女平等，正式文本予以删除，^{〔114〕}法律文本中男女平等得到完全贯彻，女性的法律地位相比传统家族法有了根本性提升。

然而，立法改革的实际效果远没有预想中乐观。新法对寡妻利弊参半，寡妻成为丈夫继承人的代价是丧失了对家产整体的继管权限，在原本承祧程序下家产继承人的决定权也被剥夺。新法对寡媳更是造成灾难性后果，寡媳作为姻亲不再是公公的继承人，仅在与夫家同居的前提下得以被赡养。新法对女儿而言，有利的一面是其继承父亲遗产的同时可经由母亲的继承权间接获得外祖父母的家产，但是个人财产制和死后继承结合之后，实践中父亲有权通过生前赠与方式将绝大多数财产留给儿子。生前分家披上赠与的外衣，将立法许诺的男女继承权平等止于文本之上。^{〔115〕}根本原因在于，新法运行于分家和承祧习俗依然占据主导地位旧社会结构环境中，二者之间的鸿沟导致立法预期与实际效果南辕北辙。

男女平等在法律文本与社会现实之间体现出的落差今日并未完全湮灭。民法典第1126条“继承权男女平等”置于法定继承章之首，是否意味着男女平等仅为法定继承原则，遗嘱继承中无须虑及这一原则？个人所有权、赠与以及遗嘱自由的结合，是否完全可以规避男女平等的实现？应当承认，意思自治原则赋予所有权人的决定自由与男女平等原则希冀达到的实质平等之间存在冲突，为此现代继承法通过设置一系列制度试图缓和。首先，民法典遗嘱继承章规定的必留份、遗产酌给份以及比较法上的特留份三项制度，^{〔116〕}限制了被继承人对遗产的处分自由，其规范目的虽非实现男女平等，但在事实层面有助于达到平等效果。其次，比较法上，法定继承时将被继承人对部分子女的出资等适用归扣以调整剩余遗产分配，弥合生前分家传统与死后继承制度造成的不平等鸿沟，也有助于男女平等目标的实现。最后，若遗嘱包含传男不传女等内容，遗嘱内容可能因违反公序良俗而无效，遗嘱无效后直接适用法定继承达致男女平等的效果。

〔111〕 参见前引〔23〕，杨一凡等主编书，第254页，第276页，第437页。

〔112〕 《大清律例·户律·户役门》。参见前引〔89〕，赵晓耕主编书，第311页。

〔113〕 第1468条理由称：“夫继承云者，不惟承接其产业，实即继续其宗祧。故惟所继人之直系卑属为有继承权。若其人并无子孙，则第处置其遗产，与嗣续问题无涉，故不曰继承而曰承受。”前引〔15〕，叶孝信主编书，第581页。

〔114〕 参见前引〔81〕，白凯书，第100页以下。

〔115〕 参见前引〔37〕，费孝通书，第70页；前引〔45〕，卢静仪书，第187页。

〔116〕 参见我国民法典第1131条、第1141条；“继承编解释一”第20条；法国民法典第913条；德国民法典第2303条；意大利民法典第536条；日本民法第1028条。

结论：传统家族法留下的雪泥鸿爪

本文呈现了传统家族法在现代家庭财产法领域留下的雪泥鸿爪，出发点并非史学梳理式地考据传统家族法演化至今留下的诸多“遗迹”，也不在于溯源现代家庭财产法诸制度究竟源自古为今用、西法东渐抑或兼而有之。本文试图通过展现传统家族法、现代法乃至罗马法在制度、功能以及正当性等方面的共通之处，揭示在个人与家庭的关系中，大多数制度的出发点均以秉持家庭利益最大化为目标，兼顾家庭成员的个人自由。现代社会，为了实现康德所言的“人人自由得以并行”，以家庭为代表的共同体从社会关联性角度对群己关系以及共同生活的协调和限制依旧不可或缺。家庭法带有地方性，古今中西的制度规范呈现“貌离”之态；家庭法又根植于人性，传统家族法与现代家庭法的内核与功能又趋于“神合”。此理此景，正如东坡先生诗云：“春来何处不归鸿，非复羸牛踏旧踪”。

Abstract: In the median area of family property law, there are commons between Chinese traditional family law and modern marriage and succession law in their institutions, functions and justification, namely both aiming at the maximization of family interests meanwhile combining the freedom of family members. The system of joint property of husband and wife can be seen as a new type of cohabitation and community of property relationship and is distinct from the common co-ownership. The external disposal of family property, the assumption of debts and the internal management of family property should be in the interest of the family. The repayment of paternal debts under cohabitation and community of property is not a matter of inheritance law but a matter of family property law, and does not conflict with qualified inheritance under the individual property regime. Marital property and parental contributions to marriage or house for a child are the usual types of peculiar property. The function of the intergenerational transmission of family property dictates that those are gifts to their own child regardless of the contribution time. A distinction should be made between the proceeds of labor and the capital gains from peculiar property, and follow but avoid the rigid application of the rule of non-conversion. The division of family property and intergenerational inheritance are identical, and the culture of filial piety and the contribution of the members are emphasized in inheritance ranking and shares. The tradition of family division presents itself as a special gift from parents to some of their children during their lifetime in the modern law, which should be subject to a system of heritage deduction to balance the interests of the children. There is a conflict between freedom of will and equality of inheritance right between men and women in the modern law.

Key Words: cohabitation and community of property, joint property of husband and wife, joint debt of husband and wife, gift during lifetime, succession
